

Quelques enjeux de la régulation pour les politiques de développement

Communication associée au forum régional de Dakar sur la régulation, 11-12 décembre 2006

Nicolas Ponty, administrateur de l'INSEE, économiste principal au PNUD

Nicolas.ponty@undp.org ou ponticolas@yahoo.fr

Selon une définition du PNUD, « *la gouvernance englobe les mécanismes, les processus et les institutions par le biais desquels les citoyens et les groupes expriment leurs intérêts, exercent leurs droits juridiques, assument leurs obligations et auxquels ils s'adressent en vue de régler leurs différends. La bonne gouvernance se caractérise quant à elle par la participation, la transparence et la responsabilité* ». La richesse et la complexité du concept de gouvernance s'expliquent par les multiples dimensions auquel il renvoie : politique et démocratique à travers la prise en compte de la participation de la participation et de l'expression des citoyens, économique car prenant en compte les intérêts et les décisions des groupes et individus, juridique par l'analyse des droits et du règlement des différends.

Les politiques de développement ont été fortement influencées au cours de la dernière décennie par la notion de gouvernance. Ainsi, les banques de développement décident-elles aujourd'hui de l'allocation de leur aide entre pays bénéficiaires sur la base d'indices de gouvernance. Les agences du Système des Nations Unies ont concentré leurs interventions sur le renforcement de la gouvernance. Ancré au cœur des discussions entre donateurs et pays partenaires, le concept de gouvernance nous semble cependant rester insuffisamment approprié par les pays en développement et sans grand impact sur des domaines clés du développement. Cette situation s'explique par le découpage arbitraire opéré par les programmes de développement entre gouvernance démocratique, économique et administrative, découpage qui rend difficilement compte de certaines questions essentielles du développement. Au contraire, la richesse du concept ne peut être pleinement opérationnalisée que si son caractère transversal et multidisciplinaire est respecté.

Aussi, cette communication se propose d'illustrer par quelques exemples concrets la prise en compte des dimensions politique, économique et juridique dans quelques problèmes de développement. Sont successivement développés les thèmes des droits de propriété intellectuelle, de la gouvernance d'entreprise et enfin du partage des responsabilités entre secteur public et privé.

La régulation des droits de propriété intellectuelle

Selon la définition donnée par l'Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle (OMPI), la propriété intellectuelle se présente sous deux aspects distincts : la propriété industrielle qui comprend les inventions, les marques, les dessins et indications géographiques d'une part ; les droits d'auteur qui regroupe les oeuvres littéraires, artistiques et architecturales¹. Les droits de propriété intellectuelle sont régulés au niveau international par un accord international suivi par l'Organisation mondiale du commerce (OMC), l'accord sur les « aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce » (ADPIC). Cet accord, signé le 15 avril 1994 à la demande des pays industriels et notamment des Etats-Unis, établit en fait un droit de monopole aux inventeurs sur leur innovation à travers la mise en place d'un système de brevet. Pour les défenseurs de la protection des droits de propriété intellectuelle, les prix plus élevés qui en résultent sont censés récompensés, et donc stimuler, l'innovation.

Certains économistes ont critiqué l'accord sur les ADPIC (Baghwati, Stiglitz) car ils créent un monopole. Selon ces économistes, la propriété intellectuelle n'est pas une propriété comme les autres : sa consommation n'est pas exclusive et tout le monde peut potentiellement en profiter sans nuire au bien-être d'autrui². Stiglitz cite à ce propos le troisième président des Etats-Unis, Thomas Jefferson : « *quand la bougie allume une autre bougie, sa lumière ne diminue pas* ». Plus encore, le savoir se

¹ Voir le site de l'OMPI, www.wipo.int

² Dans le vocabulaire des économistes, on parle de « bien public ».

bonifie en étant partagé ; une protection excessive des connaissances par des brevets peut nuire à leur diffusion et, par voie de conséquence, à la découverte de nouvelles innovations. Cette vision de l'innovation est parfaitement illustré par la différence d'approche entre Microsoft, système fermé et protégé par des brevets et Linux, système d'exploitation reposant sur une architecture ouverte et sur l'apport de multiples chercheurs et entreprises. Linux est un système exceptionnel donnant satisfaction aussi bien sur de des machines anciennes ou bas de gamme que sur des machines puissantes très sollicitées ou devant remplir des fonctions importantes. Compte tenu de son faible coût, il est parfaitement adapté pays en développement.

Une protection minimale reste cependant nécessaire pour protéger les connaissances, comme l'illustre la situation même des pays en développement. Ces pays voient souvent leurs connaissances traditionnelles et leur savoir faire artisanal piraté par les entreprises des pays industriels. Par exemple, on a pu estimer qu'environ 50% des innovations des industries pharmaceutiques américaines reposeraient sur des connaissances liées à la pharmacopée traditionnelle de pays pauvres. Cette piraterie des pays pauvres par les pays riches constitue une sérieuse entrave à leur développement car les connaissances traditionnelles y tiennent un rôle clé dans le développement local et couvrent des domaines et secteurs aussi variés que la santé publique, l'agriculture, le folklore et les technologies traditionnelles. Elles contribuent également fortement au système de gouvernance locale ou encore à la préservation de l'environnement. Cependant, ces connaissances traditionnelles sont collectives et ne sont souvent connues qu'à un niveau régional (Dutfield 2005). Aussi, l'accord sur les ADPIC, qui traite des droits privés, peut difficilement contribuer à la protection de ces connaissances et à la lutte contre leur piratage par les pays développés. Dans certains pays industriels, notamment les Etats-Unis, le fait qu'une invention soit largement connue dans un pays étranger ne suffit pas pour annuler un brevet : la connaissance en question doit également avoir été notifiée et brevetée au niveau du pays étranger. Or, les droits de propriété portant sur les connaissances traditionnelles, encore une fois, sont mal définis et rarement formalisés au niveau national. Une solution possible pour protéger ces connaissances serait sans doute d'étendre le système de notification et d'enregistrement des indications géographiques, initialement prévu pour les vins et spiritueux aux produits de l'économie de la tradition. En effet, les indications géographiques ne sont pas possédées par un individu et peuvent s'appliquer à une région ou même à un pays. La protection à partir d'indications géographiques pourrait même inciter des entreprises à investir dans une région d'un pays en développement afin d'y améliorer la qualité des produits puis exporter.

Les droits de propriété intellectuelle ne constituent pas une fin en eux-mêmes. La législation sur les droits de propriété intellectuelle doit avoir pour objectif d'améliorer le bien-être collectif de la société en établissant une régulation efficace et juste qui permette de trouver l'équilibre entre la nécessité de récompenser l'innovation et celle de diffuser la connaissance à tous.

La gouvernance d'entreprise

Selon la science économique issue des travaux de Smith puis de Walras, la recherche de l'intérêt personnel promeut l'intérêt général. Selon cette approche théorique, les entreprises doivent être dirigées pour maximiser leurs profits et leur responsabilité première est de servir leurs actionnaires au mieux. Toutefois, dès le début du XX^{ième} siècle, les développements de la théorie néoclassique ont expliqué que la recherche des intérêts privés n'était pas systématiquement alignée sur le bien-être social. Ces échecs de marché apparaissent lorsque le coût privé supporté par un individu diffère du coût social supporté par la société ou au contraire lorsqu'un individu, ou une entreprise, ne perçoit qu'une partie des bénéfices engendrés. Les marchés peuvent donc sous produire certaines choses (innovation) ou au contraire en surproduire (pollution). Pour que l'économie de marché soit efficace, les entreprises doivent prendre en compte les conséquences de leurs actes sur l'environnement ou les salariés.

Le concept de gouvernance a émergé avec force au début des années quatre-vingt-dix. Sous sa forme première, il fut imposé par les marchés financiers aux dirigeants salariés pour définir les modalités de relation entre les actionnaires propriétaires du capital et les dirigeants responsables de la gestion de

l'entreprise au jour le jour. Ce modèle de gouvernance d'entreprise, dit shareholders, vise à instituer un contrôle externe des dirigeants par le marché (notamment les offres publiques d'achat) : ceux-ci doivent servir et satisfaire en tout premier lieu les actionnaires et sont d'ailleurs nommés et mandatés par eux. Cette évolution de la gouvernance d'entreprise a été particulièrement marquée aux Etats-Unis, pays du capitalisme actionnarial. Les fonds de pension tiennent une place de plus en plus importante sur les marchés boursiers et veillent à organiser la répartition entre actionnaires de l'exercice du contrôle, du droit de vote et du pouvoir de désignation des entreprises. Pour Ploix (2006), la gouvernance d'entreprise est simplement définie comme le système par lequel les entreprises sont dirigées et contrôlées. L'objectif de la gouvernance d'entreprise est d'assurer l'efficacité des structures de gouvernance (dirigeants opérationnels, conseil d'administration, assemblée des actionnaires) et de vérifier que les actionnaires peuvent influencer les grandes décisions de l'entreprise. Il vise également à faire exister et fonctionner les mécanismes de contrôle entre tous les acteurs de la gouvernance d'entreprise : administrateurs, auditeurs, comités spécialisés du conseil d'administration et actionnaire. Pour International Corporate Governance Network (ICGN), la gouvernance d'entreprise recouvre à la fois la structure et les procédures de direction d'une entreprise qui visent à atteindre les deux objectifs dont sont en charge les administrateurs et les dirigeants, à savoir assurer la viabilité opérationnelle de l'entreprise et accroître sa valeur à long terme pour ses actionnaires.

La faillite d'Enron a montré les limites de la gouvernance d'entreprise réduite aux seules relations entre actionnaires et dirigeants. Elle a montré la capacité d'une entreprise à falsifier ses comptes. La mauvaise comptabilité implique une mauvaise évaluation de l'entreprise par les marchés. Ces mauvaises pratiques comptables ont porté notamment sur la comptabilisation des ventes à terme dans les profits contemporains, de l'omission de la rémunération des dirigeants sous forme de stock options comme charges d'exploitation pour l'entreprise ou encore de la non comptabilisation des emprunts des sociétés écrans spécialement créées à cette fin (Stiglitz 2003). Cette surévaluation des profits sans relation avec les fondamentaux a permis une forte hausse de la valeur boursière des entreprises ainsi que... de gros revenus pour des dirigeants rémunérés sous forme de stocks options. Le krach boursier de la fin des années quatre-vingt dix a marqué les limites de la gouvernance d'entreprise de type « shareholders ». Avec les scandales d'Enron ou de Vivendi, la confiance des actionnaires dans la capacité des dirigeants à défendre leurs intérêts dans la durée ne va plus de soi.

La crise financière de la fin des années 90 a conduit à un enrichissement significatif du concept de gouvernance d'entreprise. On a vu ainsi apparaître la question de la représentation des salariés de l'entreprise par exemple ou d'autres parties qui ne sont pas actionnaires mais dont la présence garantirait que les aspects non financiers de la performance de l'entreprise sont également discutés au plus haut niveau. Aujourd'hui, certaines entreprises nomment ainsi à des postes d'administrateurs des experts du développement durable, indépendants du management quotidien et plus particulièrement chargés de faire valoir ces aspects dans les discussions.

De plus, les sociétés privées subissent aujourd'hui davantage de pressions des autorités gouvernementales qui adoptent des règlements pour les obliger à se doter de codes de conduites, ainsi que l'opinion publique mobilisée par les organisations de la société civile, les syndicats et les associations de protection de l'environnement. Dans le cas, des pays africains, la gouvernance d'entreprise doit répondre aux défis levés par l'importance des relations familiales et des réseaux.

Partenariat Public-Privé

Les définitions du PPP sont assez nombreuses. Selon le PNUD, le terme de partenariat public-privé décrit le spectre des relations possibles entre les secteurs publics et privés pour assurer la délivrance de services en étroite collaboration. Les acteurs privés peuvent inclure des entreprises privées, des organisations non gouvernementales et aussi des organisations communautaires. Pour le FMI, les partenariats publics privés impliquent l'offre d'infrastructures ou de services qui sont traditionnellement fournis par le gouvernement. Quant à la CEA, un partenariat public-privé consiste en la combinaison d'un besoin public avec des ressources et des capacités privées pour créer une opportunité qui satisfera le besoin et de faire un profit. Enfin, selon le gouvernement du Royaume-Uni, le partenariat public-privé est un concept qui implique les secteurs publics et privés dans une coopération et un partenariat pour fournir une infrastructure ou un service. Il s'agit d'une des structures alternatives possibles comprises entre deux situations extrêmes, l'entreprise publique d'une part et l'entreprise totalement privatisée d'autre part.

La multiplicité des définitions proposées soulignent bien les réalités multiformes et complexes que peut revêtir un PPP : le PNUD souligne l'importance de la coopération entre secteur privé, secteur public et aussi les ONGs ; le FMI souligne l'importance du transfert de compétences anciennement dévolues au secteur public dans le champ du secteur privé ; la CEA rappelle les conditions de viabilité d'un partenariat : satisfaire un besoin public et permettre au secteur privé de dégager un profit. La définition proposée par le Royaume Uni est sans doute la plus pragmatique car elle se contente de souligner la largeur du spectre que peut couvrir un PPP.

Retenons un point essentiel par lequel les PPP diffèrent des simples privatisations. Dans un partenariat public-privé, l'Etat intervient davantage comme une autorité régulatrice. Il lui appartient de préciser le cadre juridique d'intervention, la fiscalité et d'établir un cadre comptable et financier transparent. Avec la mise en place d'un PPP, le gouvernement transfère certaines de ses responsabilités au secteur privé. En fait, le rôle de l'Etat change et le gouvernement doit jouer un rôle actif dans la supervision du BOT mais aussi dans la rédaction d'une proposition de projet. La principale fonction du gouvernement est en fait de préciser les droits et obligations respectifs de l'entreprise et du gouvernement. L'approche juridique d'un PPP varie fortement selon la tradition du pays ; il n'existe pas de modèle parfait ou universel pour encadrer et réguler un PPP. Pour mettre en oeuvre un PPP, un pays doit répondre aux questions suivantes :

- § Le champ entre ce qui doit être défini par la législation et ce qui doit relever directement de la négociation entre les parties ?
- § Une législation spécifique pour les PPP doit-elle être mise en place ou la législation existante doit-elle seulement être amendée ?
- § le contrôle gouvernemental doit-il être défini par la législation ou s'appuyer simplement sur des principes directeurs ?

Quelle que soit l'approche retenue, le gouvernement doit préciser de nombreux points, qui portent sur le transfert de terrain du public au privé, la fourniture de certains services logistiques, la sécurité de l'investissement privé, la période maximale pour la détention privée, la protection de l'environnement, la formation des cadres nationaux et surtout le partage des risques entre secteur privé et public.

Au Ghana, un des pays d'Afrique de l'Ouest le plus avancé en matière de PPP, une commission de régulation des PPP a été mise en place en 1998. Ses principales fonctions sont de :

- § Fournir des principes directeurs pour tarifier les services publics ;
- § Examiner et approuver les tarifs proposés par les services publics ;
- § Superviser les normes et standards de référence pour les services publics ;
- § Protéger les intérêts des consommateurs et des producteurs.

Malgré l'existence de cette structure centrale, les ministères sectoriels ont parfois conservé certaines attributions en matière de régulation (par exemple, le ministère des transports continue à superviser son secteur).

Conclusion

Pour conclure cette brève revue illustrée des synergies entre droit, économie et politique, il nous semble intéressant de commencer par rappeler le message principal de l'ouvrage de Soto, au titre évocateur de «*Le mystère du capital. Pourquoi le capitalisme triomphe et échoue partout ailleurs ?*». Pour Soto, la question centrale est celle de l'informalité dans les pays en développement. Le clivage essentiel dans les pays en développement entre la majorité de la population, qui ne bénéficie que de droits flous, extralégaux et contestables et la minorité qui a accès à la propriété établie et garantie par l'Etat. La population vivant dans l'informel ne peut pas utiliser ses avoirs comme garantie ou collatéral pour accéder à un microcrédit qui leur permettrait de développer leurs activités économiques : l'informalité entraîne une insuffisante valorisation du capital. Selon de Soto, si une large partie de la population des pays en développement vit dans le secteur informel c'est que la forme de droit introduit dans ces pays est inadaptée et que les marginaux du système informel sont exclus du système politique.

Cette analyse peut sans doute être contestée sur certains points. Néanmoins, sa pertinence repose sur la prise en compte de trois dimensions essentielles : l'économique, le politique et le droit. La compréhension des intérêts économiques des groupes et des citoyens constitue une condition nécessaire pour pouvoir proposer des règles acceptées car décidées à travers des processus de décision participatifs et transparents. Il ne s'agit plus aujourd'hui d'affirmer, comme le faisait la théorie marxiste, que le droit, la superstructure, ne constitue que l'habillage des intérêts dominants, l'infrastructure. Au contraire, il importe de comprendre comment les règles et systèmes de régulation pourraient transformer les structures économiques au profit du développement humain en s'appuyant sur des processus de décision démocratiques.

Références bibliographiques

Ate Ofosu-Amaah (2005) : Public-private partnership in transport, energy and water : Ghana's experience. Investment conference in Public Utilities and transport, organized by Proinvest and CDE of the European Union

de Soto H. (2002) : *Le mystère du capital. Pourquoi le capitalisme triomphe et échoue partout ailleurs ?* Nouveaux horizons.

Dutfield G. (2005) : *Africa and the Economy of Tradition*. Fondations pour l'Innovation Politique, Etude, Juin 2005

Institut Montaigne (2003) : Mieux gouverner l'entreprise, www.institutmontaigne.org

OECD (2004) : Principles of Corporate Governance, www.oecd.org

ONUUDI (1996) : *BOT Guidelines*. UNIDO

Ploix H. (2006) : *Gouvernance d'entreprise*. Village mondial

Savas E.S () : *Privatisations et partenariats Public-Privé*. Nouveaux horizons

Stiglitz J. (2003) : *Quand le capitalisme perd la tête*. Fayard.

Stiglitz J. (2006) : *Un autre monde. Contre le fanatisme du marché*. Fayard.